

Trabajo Fin de Grado

La declaración de la víctima menor de edad en el
proceso penal

Autora

Lorena Soler Gil

Director/es

Regina Garcimartín Montero

Facultad de Derecho
2018

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	4
1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO	4
2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS	5
3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO	5
II. SOBRE LA MAYORÍA Y LA MINORÍA DE EDAD	6
III. PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO. MENOR COMO SUJETO VULNERABLE	7
IV. DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA Y TRASCENDENCIA DE LA MINORÍA DE EDAD EN LA MISMA	8
1. DEFINICIÓN DE DECLARACIÓN	8
2. DECLARACIÓN DEL MENOR Y SU ESPECIAL VULNERABILIDAD.....	9
2.1. Capacidad del menor de intervenir en el proceso penal	9
2.2. Protección en la declaración del menor	10
2.3. Principios generales en los límites a la protección del menor	11
V. MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD.....	12
1. PRECONSTITUCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN	14
1.1. Características básicas	14
1.2. Valor probatorio de la declaración del menor.....	14
1.3. Imposibilidad de practicar la declaración del menor en el juicio oral	19
1.4. Especial estudio sobre los límites a la preconstitución.....	21
2. PROTECCIÓN DEL MENOR DE EDAD EVITANDO LA CONFRONTACIÓN VISUAL EN SU DECLARACIÓN	25

2.1. Derecho de contradicción. Especial trascendencia en víctimas menores de edad.	25
2.2. Videoconferencia como alternativa dominante.	28
a) Ámbito normativo de la videoconferencia.	28
b) Exigencias para la validez de la videoconferencia	30
VI. FORMA DEL INTERROGATORIO REALIZADO A UNA VÍCTIMA MENOR DE EDAD	31
VII. VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN	35
VIII. CONCLUSIONES	37
IX. BIBLIOGRAFÍA, WEBGRAFÍA	38
1. BIBLIOGRAFÍA	38
2. WEBGRAFÍA	40

ABREVIATURAS

Cc.....	Código Civil
CE.....	Constitución Española
CEDH.....	Convenio Europeo de Derechos Humanos
DGRN.....	Dirección General de los Registros y del Notariado
JAI.....	Justicia y Asuntos de Interior
LECrim.....	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEVD.....	Ley del Estatuto de la Víctima del Delito
LOPJ.....	Ley Orgánica del Poder Judicial
RJ.....	Repertorio de Jurisprudencia
SAP.....	Sentencia de la Audiencia Provincial
SSTS.....	Sentencias del Tribunal Supremo
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH.....	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE.....	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo
TC.....	Tribunal Constitucional
TEDH.....	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

I. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO

En el presente Trabajo de Fin de Grado he realizado un análisis de la metodología que ha de seguir la declaración de la víctima menor de edad en todo proceso penal. A lo largo del mismo, he desarrollado las peculiaridades que nuestro ordenamiento jurídico tiene en cuenta cuando un sujeto de estas características y especial indefensión interviene en él.

De esta forma, expondré las distintas alternativas con las que el legislador cuenta para evitar causar a esta víctima todo daño que su participación en el proceso penal, mediante la correspondiente declaración, pueda provocarle. Estas opciones abarcan tanto la posibilidad de que la declaración del menor se realice en presencia de expertos que puedan atenuar la victimización secundaria a la que la víctima se verá expuesta como consecuencia de recordar los daños del tipo delictivo que sufrió, hasta otras alternativas como pueden ser la calificación de la declaración realizada por el menor en fase de instrucción como prueba preconstituida, la utilización de medios materiales y tecnológicos que eviten la confrontación visual entre el menor y el acusado...

Todas estas medidas tienen que respetar el derecho de defensa y proceso justo que tiene el encausado, por este motivo, es necesario que las mismas sean aprobadas por el órgano competente en función de la falta de madurez de la víctima, lo que supone que no se practicarán de manera arbitraria cuando el sujeto que haya de declarar sea un menor de edad, pues su puesta en práctica ha de estar fundada.

2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

La defensa del menor en un Estado social y democrático de Derecho es una materia que ha de salvaguardar y proteger nuestro ordenamiento jurídico.

Este aspecto ha de regularse mediante un plus de protección cuando es un menor el que ha sido víctima de un delito y ha de intervenir en el proceso penal para que dicha actuación no quede impune.

La normativa referente a la protección del menor siempre ha sido un tema de mi interés, pues este tipo de sujetos pueden llegar ser más vulnerables que ciudadanos de mayor edad.

Por todo ello, considero esencial que aspectos como la declaración de un menor de edad, cuando el mismo ha sido víctima de un tipo delictivo recogido en nuestro Código Penal, hayan de quedar especialmente regulados en nuestro ordenamiento jurídico. Esta labor lleva aparejada la interesante tarea de ponderar los diferentes intereses que entran en juego en el proceso penal, habiendo el tribunal competente de procurar entre la plena efectividad de los derechos fundamentales del encausado y la protección de los menores víctimas.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

La primera cuestión a la que hice frente a la hora de realizar mi Trabajo de Fin de Grado fue la elección de un tema. Tenía claro que quería orientar el desarrollo de este proyecto al estudio de los menores, pero no sabía muy bien cómo podía enfocar este tema en la rama del Derecho Procesal Penal.

Posteriormente comenzó mi labor de búsqueda e investigación. Al principio, apenas encontré material que me pudiera servir para el desarrollo del tema escogido, pues tanto las sentencias como los libros que encontré en esta primera búsqueda eran muy generales y no se centraban en el estudio de la declaración del menor, si no que únicamente hablaban de las características generales que ha de tener toda declaración. Sin embargo, posteriormente, gracias a las bases de datos que la Universidad de Zaragoza pone a la disposición de sus alumnos (Catálogo Roble, Dialnet, Aranzadi...)

pude contar con los manuales y jurisprudencia necesarios para la realización de mi proyecto.

Una vez que estudié toda la doctrina y jurisprudencia que había encontrado, saqué diferentes conclusiones que me parecieron interesantes para incluir en mi Trabajo de Fin de Grado. Tras ello, elaboré un pequeño índice donde recoger las principales ideas de mi proyecto.

A continuación comencé a redactar todas aquellas ideas que con anterioridad había considerado importantes. Sin embargo, conforme empecé a escribir, fui cambiando la estructura que había considerado al principio, pues fue entonces cuando me di cuenta de la estrecha relación que había entre diferentes temas que a primera vista había considerado más independientes.

II. SOBRE LA MAYORÍA Y LA MINORÍA DE EDAD

En el ordenamiento jurídico español, la determinación de la mayoría y minoría de edad tiene gran trascendencia, pues dicha singularización supondrá un trato diferenciado entre las personas que han alcanzado la mayoría de edad y los sujetos que todavía no lo han hecho. Esta diferenciación tendrá sus repercusiones tanto en el ámbito jurídico como social.

Para llevar a cabo un estudio concreto sobre el momento en el que un sujeto alcanza la mayoría de edad es imprescindible acudir tanto a la CE como a la regulación civil.

En nuestro marco jurídico, la mayoría de edad se alcanza cuando un ciudadano cumple los dieciocho años. Así se encuentra recogido en el artículo 12 CE « los españoles son mayores de edad a los dieciocho años » y en el artículo 315.1º Cc. « la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos ».

A tenor del artículo 322 Cc, la mayoría de edad atribuye a toda persona que la alcanza la capacidad de obrar general. Adquiriendo desde ese mismo instante la madurez suficiente para que todas y cada una de sus actuaciones sociales se consideren eficaces y responsables: « el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo excepciones establecidas en casos especiales en este Código ».

A la hora de analizar la capacidad de actuación del menor, he de reseñar que la Resolución de la DGRN de 3 de marzo de 1989 considera que el menor no es un sujeto incapaz de obrar absoluto, sino que únicamente tiene limitada capacidad de obrar.

La principal causa de esta característica es la falta de autonomía del menor, la cual conlleva el sometimiento del menor a la institución de guarda. En relación con todo ello, me parece conveniente destacar que la referida limitación en la capacidad de obrar del menor también se plasma en el ámbito procesal penal de nuestro ordenamiento jurídico¹.

III. PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO. MENOR COMO SUJETO VULNERABLE

La protección a las víctimas de delitos ha adquirido, día a día, gran trascendencia en la política criminal de los propios Estados. A su vez, la regulación referente a la protección de las víctimas de los delitos se ha incrementado teniendo en cuenta la situación de **vulnerabilidad** a la que se encuentran sometidas.

Partiendo de la idea de que las víctimas menores de edad son especialmente vulnerables y, por tanto, sufren un plus de lesividad, el Estado tiene la responsabilidad de proteger a estos sujetos con una mayor atención.

La idea de protección del menor en el proceso penal no sólo se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, concretamente en la STJUE de 16 de junio de 2005 (Caso Pupino), señaló que los artículos 2, 3 y 8, apartado 4 de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal han de interpretarse teniendo en cuenta que : « el órgano jurisdiccional nacional debe **poder autorizar** que niños de corta edad que aleguen haber sido víctima de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de esta ».

¹ MARTINEZ DE AGUIRRE, C., « La Edad », en *Derecho Privado Derecho de la Persona*, Contreras (coord.) , Colex, Madrid, 2015, p. 403-407.

IV. DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA Y TRASCENDENCIA DE LA MINORÍA DE EDAD EN LA MISMA

1. DEFINICIÓN DE DECLARACIÓN

En la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de junio de 1985 se regulaba que el interrogatorio a la víctima se tenía que realizar respetando su situación personal, su dignidad y sus derechos. Esta resolución hacía especial hincapié en que en los casos en los que interviniesen niños y enfermos o minusválidos mentales en calidad de víctimas, estos habrían de ser interrogados en presencia de sus padres, tutores o personas cualificadas que les pudieran asistir².

En nuestro ordenamiento jurídico, las declaraciones de los testigos se regulan en el Capítulo V de la LECrim, concretamente en los artículos 410 a 450, cuya aplicación se prevé en la fase instructora, y en los artículos 701 a 722, los cuales se aplicarán en la fase de juicio oral.

La declaración testifical se articula como « la declaración de conocimientos efectuada por personas físicas, distintas al investigado, que conocen de la comisión del hecho punible, realizada, en calidad de acto de investigación ante el Juez de instrucción, o de prueba en el juicio oral »³. Esta definición acoge únicamente el supuesto en el que el testigo no fuera investigado, dado que de ser así se estaría vulnerando el derecho de defensa de este último, y además, no se aplicará el estatuto del testigo, sino el del investigado.

Una vez aclarado todo ello, parece conveniente cuestionarse cómo tienen que realizarse aquellas declaraciones en las que intervengan víctimas menores de edad. Personas que, tal y como hemos mencionado con anterioridad, tienen una capacidad de obrar limitada.

² VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Víctima menor de edad y proceso penal: Especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª. Época, n.º 16, 2005, p. 279.

³ GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, 3ª edición, Colex, Madrid, 2013, p. 311.

2. DECLARACIÓN DEL MENOR Y SU ESPECIAL VULNERABILIDAD.

2.1. Capacidad del menor de intervenir en el proceso penal

Partiendo de la base de que el menor es un sujeto vulnerable, todas aquellas actuaciones procesales en las que intervenga este tipo de víctima han de realizarse mediante diversas medidas de protección. El objetivo de la implantación de estas alternativas radica en salvaguardar los derechos a la intimidad, integridad física y/o moral, a la dignidad, a la reparación del menor, etc,

Sin embargo, el mero hecho de que un sujeto sea menor de edad no conlleva la no intervención del mismo en el proceso penal español. La capacidad para intervenir en nuestro ordenamiento es muy amplia, pues toda persona con capacidad para percibir y dar cuenta de lo percibido, independientemente de cuál sea su edad, puede declarar ante cualquier Juez o Tribunal⁴.

Lo recién explicado no excluye las diferentes especialidades que ha de tener la declaración de un sujeto menor de edad, debiéndose inadmitir ciertas preguntas realizadas por la parte contraria que pretendiesen menoscabar la solidez del testimonio del menor o su eficacia probatoria, empleando para ello medios, modos o diferentes formas que no sean irrespetuosas con su dignidad. El objetivo de estas medidas radica en mantener el equilibrio emocional y la salud psíquica del menor, pues no olvidemos que dicho sujeto sigue siendo la víctima de los hechos punibles que se enjuician. Algunas de estas medidas pueden encontrarse en la LEVD, concretamente en los artículos 21, 23 y 25.

La declaración de un menor es, con carácter general, perturbadora para la víctima, debiendo adoptarse por ello medidas y condiciones para evitar o mermar las consecuencias negativas que puedan darse en este especial sujeto⁵.

⁴ Véase la STS de 6 de abril de 1992, donde se indica que pueden ser sujetos capaces para declarar en el proceso penal los menores de edad y no serlo algún sujeto mayor de edad (por ejemplo, un invidente sobre hechos en los que la visión juega un papel muy importante).

⁵ SANZ HERMIDA, A.M., « La declaración de los menores víctimas y/o testigos de delitos: Derecho de defensa, protección del interés del menor y eficacia de la justicia penal », en *La víctima menor de edad*, Armenta Deu et al. (dir), Colex, Madrid, 2010, p. 118-119.

2.2. Protección en la declaración del menor

Los daños físicos, económicos, psicológicos, etc... que se sufren por un sujeto al ser víctima de uno de los delitos contenidos en nuestro Código Penal se conocen como **victimización primaria**, la cual, tiene especial transcendencia en el menor, cuya personalidad se encuentra en formación.

La indefensión de este tipo de sujetos, su débil voluntad, el miedo a que se repita el hecho delictivo, etc... agravan las consecuencias del delito, las cuales pueden dejar mayores secuelas en un menor de edad que en una persona adulta⁶.

El daño producido cuando la víctima sufrió los hechos enjuiciados, se suma al originado mediante la declaración que el menor tendrá que prestar, todo lo cual genera que la herida producida por los hechos tipificados continúe abierta. Con todo ello, la declaración de los menores de edad ha de producirse evitando o reduciendo en todo lo posible la llamada **victimización secundaria**⁷.

No existe ningún impedimento jurídico para que la declaración de un menor no pueda tener validez probatoria, siendo la misma, en ocasiones, la única o principal prueba sobre la que haya de basarse la resolución final del órgano juzgador.

En nuestro ordenamiento jurídico existen diferentes opciones orientadas a impedir en el menor cualquier daño que pueda ocasionarle su intervención en el proceso penal, sin embargo, el análisis de estas medidas tendrá lugar con posterioridad.

La regulación de estas alternativas se encuentra recogida en la LECrim, concretamente en sus artículos 448 y 707. Me parece conveniente destacar que la LEVD potencia también diferentes medidas tendentes a impedir la victimización secundaria. Son sus artículos 21 y 25 los que hacen especial mención a la protección de las víctimas.

En relación con los menores de edad, debemos destacar el artículo 23.3 de la LEVD, el cual recoge que la adopción de las medidas de protección de estas especiales víctimas

⁶ GIMENO JUBERO, M.A., « Menores maltratados: Derechos de la víctima y garantías del proceso», en *Protección de menores en el Código Penal*, Joli Tolosa, J.L., (dir), Mateu Cromo, S.A., Madrid, 1999, p. 182-183.

⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Víctima » cit., p. 278- 279.

«Tendrá en cuenta su situación personal, necesidades inmediatas, edad, género, discapacidad y nivel de madurez».

Así pues, tratándose de víctimas menores de edad, se adoptarán las cautelas reguladas en el precepto 25 de la LEVD, las cuales se diferencian entre las medidas a aplicar en la fase de instrucción y en la fase de enjuiciamiento.

Tras la lectura de los preceptos señalados he de concretar que la idea fundamental de los mismos radica en evitar la victimización secundaria, regulando para ello, si fuera preciso, reducir el número de declaraciones a las que la víctima habría de hacer frente, e incluso, permitir que se produzca una única declaración ante el Juez o el fiscal con el objetivo de evitar que la misma se repita en fase de juicio oral⁸.

2.3.Principios generales en los límites a la protección del menor

Nuestro ordenamiento jurídico tiene el objetivo de evitar, siempre que sea posible, la victimización secundaria en los menores de edad cuando los mismos tengan que declarar en el proceso penal al haber sido víctimas de un delito.

El legislador pretende evitar dicha victimización a través de la disminución del número de ocasiones en las que los menores de edad, en su condición de víctima, hayan de ser interrogados, salvaguardando siempre el derecho de defensa del encausado.

Las medidas de protección para las víctimas menores de edad no pueden tener un alcance ilimitado, dado que existen otros intereses en el proceso penal que han de tenerse en cuenta, tales como el derecho de defensa y el derecho a un proceso justo.

Cuando entren en colisión algunos de los derechos fundamentales del menor víctima (libertad, seguridad, intimidad...) y del inculpado (derecho de defensa y de un proceso justo), es necesario realizar una ponderación entre los mismos –la conocida técnica del *balancing*, que ha reiterado el TEDH -, con el objetivo único de valorar en qué medida y cómo pueden quedar limitados estos derechos⁹.

⁸ DÍAZ TORREJÓ, P., *La Protección de la víctima menor de edad en el proceso penal. Incidencia de la entrada en vigor de la Ley 4/2015, de 27 de Abril, Del Estatuto de la víctima del delito*, p.13-16.

⁹ SANZ HERMIDA, A.M., « La declaración de los menores...»,cit., p.117.

Para realizar esta ponderación es preciso estudiar la naturaleza y el valor de los derechos confrontados, así como el momento procesal en el que nos encontramos y la situación de vulnerabilidad del menor. A su vez, es esencial llevar a cabo esta ponderación desde el punto de vista del principio de proporcionalidad.

Cualquier limitación que se realice sobre los derechos del encausado ha de ser motivada, lo que conlleva su fundamentación y justificación¹⁰, en función de la apreciación de algún tipo de peligro o perturbación que pueda afectar a la víctima¹¹, sin servir para ello la mera alegación de la menoría de edad

V. MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD.

Cubillo López, considera que las medidas orientadas a impedir en el menor todo daño que pueda ocasionarle el propio proceso y su correspondiente declaración en él, pueden dividirse en dos tipos: por un lado, **la alternativa consistente en evitar la confrontación visual del menor con el encausado** en el instante en el que se preste la declaración, y por otro lado, **la destinada a impedir que el menor tenga que repetir su declaración en la fase de enjuiciamiento, dándole al testimonio de la fase de instrucción valor probatorio**¹².

Esta es la clasificación que plasmaré a lo largo de mi trabajo, haciendo también una pequeña alusión a las medidas materiales con las que nuestro ordenamiento jurídico cuenta. Opciones todas ellas tendentes a evitar en el menor que tenga que declarar la posible victimización secundaria.

¹⁰ SANZ HERMIDA, A.M., « La declaración de los menores...»,cit., p.118.

¹¹ Véase la STEDH de 20 de diciembre de 2001.

¹² CUBILLO LÓPEZ, I.J., « La protección procesal del testigo menor de edad, en especial evitando su declaración en el Juicio oral », en *La víctima menor de edad*, Armenta Deu et al. (dir), Colex, Madrid, 2010, p. 175-177.

Desde mi punto de vista, el orden de preferencia con el que han de llevarse a cabo estas alternativas es el siguiente:

1. Preconstitución de la declaración realizada en la fase de instrucción.
2. Utilización de la videoconferencia para evitar la confrontación visual entre la víctima y el encausado.
3. Uso de medidas materiales.

He de reseñar que, a pesar de utilizar esta clasificación, no considero que la declaración realizada en fase de instrucción por cualquier menor de edad haya de clasificarse como prueba preconstituida por el mero hecho de que la víctima no haya alcanzado los dieciocho años en el momento en el que interviene en el proceso penal.

Desde mi punto de vista, la puesta en práctica de una alternativa u otra dependerá de las circunstancias concretas del caso y del menor. Por ejemplo, no es lo mismo que el delito investigado sea la violación a una niña de cuatro años por su progenitor, supuesto este en el que sí podría ser conveniente clasificar la declaración realizada por la víctima en la fase de instrucción como prueba preconstituida, que otro caso en el que un niño de dieciséis años haya sido víctima de un hurto en un supermercado. No cabe duda, que la posible victimización secundaria a la que tendría que hacer frente la menor del primer supuesto es mayor a la que debería enfrentarse el segundo sujeto.

Así pues, la implantación de este tipo de alternativas, ya sea la prueba preconstituida, la videoconferencia o las medidas materiales dependerá de las circunstancias de cada caso concreto y será el juez competente el que habrá de decidir sobre la implantación de unas u otras, realizando para ello la correspondiente ponderación entre los intereses de defensa del encausado y los intereses de protección de la víctima menor de edad que vaya a intervenir en el proceso penal.

1. PRECONSTITUCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN

1.1. Características básicas

La preconstitución de la declaración de una víctima menor de edad realizada en la fase de instrucción tiene el objetivo de evitar que esta víctima tenga que volver a declarar en el juicio oral¹³. Dicha alternativa no está orientada únicamente en impedir una experiencia traumática en la víctima a través de su nueva incorporación en el proceso penal, sino que, también está destinada a evitar el riesgo de olvidos e imprecisiones en las declaraciones de los menores, pues, en muchas ocasiones, transcurre un gran periodo de tiempo desde que tiene lugar la declaración en la fase de instrucción hasta que comienza la fase de enjuiciamiento.

Desde mi punto de vista, la preconstitución de la prueba se justifica por ser el medio más adecuado para obtener la verdad material. Dicha actuación, sometida al principio de contradicción y registrada audiovisualmente, conlleva beneficios colaterales, pues el recuerdo de los hechos acontecidos, al ser más reciente, tiene menos riesgo de ser influenciado¹⁴ o difuminado, característica esta que también beneficia los derechos del propio encausado.

La motivación de todo ello radica en el « olvido motivado», por el cual el menor tiende a olvidar todos aquellos actos que hayan tenido efectos negativos sobre el mismo y que, por tanto, no desea recordar¹⁵.

1.2. Valor probatorio de la declaración del menor

Interpretando los artículos 433.2, 448.3 y 448.4 LECrim, que aluden a la fase de investigación, he de concretar que toda declaración realizada por una víctima menor de edad en la fase de instrucción podrá tener valor probatorio cuando la misma no pueda

¹³ CUBILLO LÓPEZ, I.J., « La protección... », cit., p. 179.

¹⁴ BECERRIL, S., (Defensora Del Pueblo), *Estudio sobre la escucha del menor, víctima o testigo*, Madrid, 2015, p. 45

¹⁵ Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos, p.1337-1338.

volver a reproducirse en el acto del juicio oral. Sin embargo, dicha imposibilidad ha de ser independiente a la voluntad de las partes.

Para que estas medidas tengan validez se requiere que en el juicio oral se lea el acta de la diligencia realizada en la fase de instrucción, o, se visualice la grabación audiovisual de la misma, pudiendo en todo momento someterse su contenido al correspondiente debate contradictorio en presencia del órgano sentenciador.

Resulta imprescindible para la aplicación de la referida alternativa comprobar si el riesgo de victimización secundaria al que pueda enfrentarse el menor constituye un caso de « imposible reproducción » de la declaración del mismo en el juicio oral¹⁶.

Me parece conveniente destacar las SSTs de 8 de marzo de 2002 y de 1 de julio de 2002 por ser las primeras que dan valor probatorio a la declaración realizada por un menor de edad en la fase de instrucción, sustituyendo así su declaración en el juicio oral por la reproducción de la declaración que se realizó en la etapa de investigación. Ambas resoluciones recogen que « Existe una causa de imposibilidad legal que, por su equivalencia con la imposibilidad material a que suele referirse la doctrina jurisprudencial, era suficiente para que pudiesen ser valorados, como prueba de cargo, los testimonios de referencia en ausencia del testimonio directo».

De igual modo, la STS de 2 de junio de 2006, regula como prueba preconstituida la declaración realizada en fase de instrucción de una víctima menor de edad –una niña de tres años-. En esta resolución, el Tribunal entiende que se respetaron todos los derechos del encausado:

- Por un lado, este órgano considera que no hubo vulneración alguna del derecho de defensa del investigado, al haberse realizado la exploración de la menor ante el Juez de Instrucción y con la intervención de « todas las partes », entre ellas el Letrado del encausado¹⁷.
- Por otro lado, tampoco se consideró vulnerado su derecho a contradicción, pues el mismo « no se agota ni se manifiesta exclusivamente en el plenario».

¹⁶ CUBILLO LÓPEZ, I.J., « La protección... », cit., p. 182.

¹⁷ Circular 3/2009, de 10 de noviembre... cit., p. 1339.

En relación con todo ello, puede haber casos concretos en los que sí se encuentre justificado que la víctima menor de edad no vuelva a declarar de nuevo en la fase de enjuiciamiento. Sin embargo, dicha justificación no se basa en la existencia de una imposibilidad legal propia de las normas de protección al menor que le permita no comparecer en el juicio oral.

Según Cubillo López, esta actuación ha de tener lugar por el riesgo existente de que la víctima menor de edad pueda resultar perjudicada tras su intervención en el proceso penal¹⁸. Opinión esta que, desde mi punto de vista, es más que acertada.

El órgano jurisdiccional ha de evitar la declaración de la víctima menor de edad en el juicio oral de una manera excepcional y motivada, pues la preconstitución de este tipo de pruebas no ha de tener lugar siempre que el sujeto que haya de declarar sea un menor.

Esta decisión ha de tomarse en base a las características propias de cada caso, como la edad del menor, los daños emocionales sufridos por este en anteriores declaraciones, y por la previsión de que la herida abierta en el menor pueda agrandarse tras su intervención en el juicio oral. Se recoge así como presupuesto justificante el caso de los menores que por razón de su corta edad o su especial vulnerabilidad corran riesgo de sufrir un daño psicológico al intervenir en la fase de sumario. Todo ello ha de corroborarse en el correspondiente **dictamen pericial**¹⁹.

Tal y como recoge la STS de 4 de marzo de 2006: « Para que esta probabilidad de sufrir grave daño psicológico se baraje en la decisión de prescindir de la ratificación del testimonio del menor en el acto del juicio oral, debe estar debidamente acreditada en la causa, a través del correspondiente informe pericial o cualquier otro medio probatorio»

De esta forma, siempre en aras de la mayor efectividad y protección de los derechos de defensa del encausado, reduciendo sus restricciones al mínimo imprescindible, se decidirá cuando prescindir de la declaración del menor de edad en el acto del juicio oral, y utilizar así la prueba preconstituida que se encuentre avalada por el correspondiente

¹⁸ CUBILLO LÓPEZ, I.J., « La protección...», cit., p. 182-183.

• ¹⁹ Véase la STS de 5 de Junio de 2013, en la que existía un informe psicológico que desaconsejaba la comparecencia en el acto del juicio de dos menores de 7 y 8 años que habían sido víctimas de un abuso sexual por el encausado. En el periodo de instrucción se les tomó declaración dirigida por la psicóloga judicial, estando presente en las dependencias judiciales la letrada de la defensa, el Juez de Instrucción, el secretario judicial y la fiscal.

dictamen pericial, el cual habrá de desaconsejar que tenga lugar la declaración de la víctima en el proceso penal por ser susceptible de causarle graves perjuicios²⁰.

Resulta imprescindible para poder evitar que el menor declare de nuevo en el juicio oral, que la declaración a la que se pretende dar valor probatorio haya tenido lugar durante la fase de instrucción y que a su vez, la misma se haya realizado de forma correcta, es decir, en primer lugar, mediante el control o en presencia del Juez instructor, y, en segundo lugar, con la intervención de las partes, pudiendo formular estas preguntas a la víctima, ya sea directamente o mediante la participación de un experto que realice su interrogatorio.

Se requiere que la declaración realizada por la víctima en la fase de instrucción se reproduzca durante el juicio oral, ya sea mediante la lectura del acta que la recoge, o través de la proyección de la grabación que contenga el interrogatorio de la víctima realizado en la referida fase de investigación, asegurando así que el contenido del mismo pueda someterse al debate de las partes ante el tribunal sentenciador²¹.

Por tanto, si junto a la situación de victimización secundaria y correspondiente menoscabo para el menor ante la nueva comparecencia de este en el proceso penal, existe la declaración procesal de la víctima realizada en la fase de instrucción, en la que se han respetado las garantías procesales mencionadas referentes al derecho de defensa y proceso justo del encausado, el contenido de la misma leído o reproducido durante el juicio oral puede alcanza valor de prueba.

Son todas las características referidas las que nos permiten categorizar dicha actuación como propia de una **prueba preconstituida**, pues las peculiaridades de la misma coinciden con las descritas párrafos atrás; que su práctica tenga lugar ante el órgano instructor²²; que en la realización de la diligencia se garanticen los principios mínimos a favor del derecho de defensa; y que, la base y justificación de esta prueba radique en la imposibilidad de producirse en el juicio oral²³.

²⁰ Véase la STEDH de 10 de noviembre de 2005, caso « Bocos- Cuesta».

²¹ CUBILLO LÓPEZ, I.J., « La protección...», cit., p. 184.

²² DÍEZ RAÍZA, S., « Nuevo valor de la prueba preconstituida en los procesos penales con menores víctimas (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2009) », en *Diario La Ley*, nº 7430, 2010.

²³ PÉREZ MORALES, M.G., « La prueba preconstituida en el ámbito de la Decisión Marco 2001/220:necesidad de modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal », en *La víctima menor de edad*, Armenta Deu et al. (dir), Colex, Madrid, 2010, p. 189.

Me parece conveniente destacar que la declaración realizada por una víctima menor de edad en fase de instrucción no ha de categorizarse como una prueba anticipada, pues tal y como opina Cubillo López, el fin último de la prueba anticipada es evitar la posible situación en la que una declaración no pueda volver a realizarse en el juicio oral, siendo únicamente posible su práctica en la fase de instrucción. Este tipo de prueba no tiene pues una finalidad tuitiva destinada a salvaguardar la integridad psíquica del menor que vaya a declarar. Por ello, calificar como prueba anticipada la declaración de la víctima menor de edad en la fase de investigación supondría utilizar el régimen general de la prueba testificar anticipada de una manera inadecuada²⁴.

He de reseñar que, siempre y cuando el juzgador, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y de la víctima, considere que la opción más adecuada para ésta se base en evitar su declaración en la fase de juicio oral, la alternativa referente a la preconstitución de la prueba es, en mi opinión, la medida más favorable para evitar en el menor la posible victimización secundaria.

Sin embargo, dicha práctica no tiene por qué tener lugar siempre que la víctima que vaya a intervenir en el proceso penal sea un menor. Tal y como he expuesto párrafos atrás, existen otras alternativas que también pueden ser adecuadas y pueden evitar la victimización secundaria.

Por ello, considero que es el juzgador el que en cada caso ha de decidir cuál es la medida de protección más adecuada. Valorando en primer lugar, si el posible daño psicológico que la declaración en el juicio oral origine en el menor es suficiente o no para calificar la declaración realizada por la víctima en la fase de instrucción como una prueba preconstituida.

De considerar innecesaria la implantación de esta alternativa, el segundo paso que, desde mi punto de vista, el juzgador tendría que realizar sería volver a valorar si ese posible daño psicológico podría verse atenuado mediante la puesta en práctica de otras medidas como es la videoconferencia o la utilización de medios materiales.

²⁴ ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., « El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctima en el proceso penal español. Especial referencia al menor testigo », en *La víctima menor de edad*, Armenta Deu et al. (dir), Colex, Madrid, 2010, p. 144.

1.3. Imposibilidad de practicar la declaración del menor en el juicio oral

Para dar valor probatorio a la declaración de la víctima menor de edad realizada en la fase de instrucción, se requiere que su práctica sea de imposible realización en el juicio oral.

El problema de esta comprobación radica en determinar si la minoría de edad de la víctima puede considerarse como un supuesto de imposibilidad para practicar una determinada prueba en el juicio oral, constituyéndose la misma como un presupuesto propio de la prueba preconstituida.

El artículo 448 LECrim regula los supuestos que posibilitan la realización de este tipo de prueba, recogiendo que la misma podrá tener lugar en todos aquellos casos de ausencia del territorio nacional, muerte o incapacidad, ya sea física o intelectual²⁵.

Sin embargo, estos presupuestos se han ampliado por el artículo 777 de la LECrim, el cual se refiere al procedimiento abreviado. Este precepto, además de englobar los supuestos recogidos en el artículo 448 y mencionados en el párrafo anterior, también hace referencia a la posibilidad de realizar una prueba preconstituida cuando tenga lugar « cualquier otro motivo ».

Dicha regulación encuentra su apoyo en diferente jurisprudencia²⁶, entre la que cabe destacar la STS de 6 de octubre de 2010, la cual recoge que podrán regularse como prueba preconstituida « aquellos casos en los que exista un riesgo cierto de producir con dicho testimonio en sede de enjuiciamiento graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual, de forma que, en estos casos, nada impide incluir entre los casos de imposibilidad aquellos que implican desconocer o dañar ese nuevo interés de la infancia protegido por la ley ».

Considero que el legislador al incluir la referida ampliación en el artículo 777 LECrim, pretende dejar en manos del órgano juzgador la posibilidad de regular como prueba preconstituida ciertas prácticas propias de la fase de instrucción que pudieran, de alguna manera, perjudicar a quien se viera obligado a volver a realizarlas en la fase del juicio oral.

²⁵ PÉREZ MORALES, M.G., « La prueba... », cit., p. 190

²⁶ Véase la STS de 14 de octubre de 2014 y la STS de 5 junio de 2013.

Desde mi punto de vista, habrían de incluirse como prueba preconstituida aquellas declaraciones de víctimas menores de edad cuya repetición en la fase del juicio oral pudiese causarles graves perjuicios para su desarrollo psicológico y moral. Sin embargo, dicha caracterización no debería tener lugar en todos los supuestos en los que haya una víctima menor de edad.

En mi opinión, el juzgador habría de atender tanto a las características propias de la víctima, del encausado, del tipo delictivo cometido, y del caso en general, para determinar los casos en los que sí sería oportuno dar valor probatorio a la declaración realizada por el menor en la fase de instrucción. No es lo mismo la declaración que haya de realizar un menor referente a un delito de abuso sexual que el mismo haya sufrido, que su intervención en la fase del juicio oral por haber sido víctima de una pequeña lesión.

A su vez, es importante no olvidar el obligado respeto al derecho de defensa y juicio justo del encausado, lo que supone que dicha prueba se someta a la necesaria contradicción en el juicio.

En el derecho aplicable en España, la preconstitución de la prueba referente a la declaración de la víctima menor de edad en la fase de investigación no se justifica con carácter absoluto²⁷, pues nuestro ordenamiento regula que es necesario estudiar cada caso concreto para tomar dicha decisión.

Los referidos artículos sirven de base al órgano de instrucción para dar especial protección a la prueba realizada en la fase de investigación siempre y cuando dicho órgano considere que la declaración realizada en fase de instrucción por un menor de edad podría categorizarse como prueba preconstituida. Sin embargo, ello no exonera al juzgador de comprobar que los iniciales riesgos de imposibilidad de practicar la declaración en el juicio oral se mantienen al tiempo de realizar la vista.

La Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal recoge que los menores podrán declarar en la

²⁷ Recordemos que el principio general del derecho procesal penal referente a la tutela judicial efectiva viene expresado por el TS en diferente jurisprudencia, entre la que cabe destacar la STS de 14 de octubre de 2014, la cual recoge que: « no se puede, ni se debe, sustituir la regla general de la presencia del testigo en el acto del juicio oral por la regla general contraria cuando se trate de menores».

fase de sumario y no estarán obligados a realizarlo de nuevo en la fase de juicio oral²⁸. Es la STEDH de 2 de julio de 2002 la que avala estas conclusiones. En este supuesto, un sujeto condenado por abusos sexuales acudió al TEDH considerando que se había vulnerado su derecho a un proceso justo (arts. 6.1. y 6.3.d) CEDH), alegando que en ningún momento su abogado había interrogado directamente a la víctima menor de edad.

El menor fue interrogado dos veces durante la fase de instrucción, sin que, en ningún momento del interrogatorio estuviera presente el Letrado del encausado, el cual sí tuvo la oportunidad de reunirse con anterioridad con el personal experto que realizó el interrogatorio, a fin de fijar el objeto del mismo.

El TEDH argumentó que la utilización como prueba de las declaraciones realizadas en la fase de investigación no vulneraba el derecho de defensa y proceso justo del condenado. Pues en el proceso penal enjuiciado se dio la oportunidad al abogado del encausado de realizar todas aquellas preguntas que considerase pertinentes a la víctima.

Así pues, el TEDH considera que la contradicción conlleva que el encausado por medio de su Letrado, o bien directamente, pueda interrogar a la víctima menor de edad, pero dicha contradicción no exige la confrontación personal, ni verbal o visual entre la víctima y el encausado²⁹.

1.4. Especial estudio sobre los límites a la preconstitución.

Una vez expuestos los principios que han de respetarse en todo proceso penal en el que se encuentren confrontados los derechos del encausado con los derechos de la víctima, nos centraremos en analizar cuáles son los requisitos que nuestro ordenamiento jurídico exige para dar validez **como prueba preconstituida a todas aquellas declaraciones realizadas por víctimas menores de edad que hayan sido prestadas en la fase sumarial.**

²⁸ ARROM LOSCOS, R., « La declaración del menor víctima en el proceso penal; en especial menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº3, 2015, p.51.

²⁹ Esta valoración también se encuentra apoyada por el Tribunal Supremo, el cual, en la STS de 21 de octubre de 2008, considera garantizado el derecho de contradicción en un caso en el que el Juzgado de Instrucción informó a la defensa del acusado de la fecha y hora en la que tendría lugar el interrogatorio de una víctima. A pesar de ello, la diligencia se realizó sin que el letrado defensor estuviera presente, ausencia ésta que se consideró voluntaria y de ninguna manera reprochable al órgano jurisdiccional que había informado debidamente de la realización de tal exploración.

La razón de este detallado estudio se debe a que, la medida referente a este tipo de prueba preconstituida en relación con la perturbación al derecho de defensa del encausado, ha sido una de las alternativas más debatidas y enfrentadas.

Nuestro ordenamiento jurídico permite evitar que la declaración de la víctima menor de edad tenga lugar en la vista del juicio oral siempre y cuando³⁰:

- a) En primer lugar, **concurran los requisitos materiales**, los cuales van ligados con la existencia de una causa legítima que imposibilite la declaración del menor en el juicio oral.

Dicha legitimidad tendrá lugar mediante la ponderación del **derecho fundamental a la defensa** del encausado con **otro tipo de intereses** como la necesidad de salvaguardar la estabilidad psicológica y emocional del menor de edad.

El TEDH ha venido argumentando en diferentes sentencias³¹, que la inclusión al proceso de las declaraciones que se han producido en la fase de instrucción no tiene por qué lesionar siempre los derechos de defensa reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del artículo 6 del CEDH.

Sin embargo, para que esta vulneración no tenga lugar se exige que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral. A su vez, también se requiere que se le dé al encausado una oportunidad adecuada y suficiente de contestar a los testimonios de la víctima. Para llevar a cabo la referida ponderación, se toma como base la naturaleza del delito investigado.

En relación con ésta ponderación de intereses, he de destacar que no hablo única y exclusivamente de consideraciones victimológicas, las cuales podrían ser suficientes por sí mismas, sino que también me parece necesario apreciar otras razones que aconsejan esta práctica: tales como el empobrecimiento y dispersión en los testimonios ocasionados por el transcurso del tiempo, la contaminación a

³⁰ Véanse la STS de 22 de junio de 2017 y la STS de 22 de junio de 2016.

³¹ Véanse STEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, la STEDH de 15 de junio de 1992, caso Lüdi, la STEDH de 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y la STEDH de 19 de diciembre 1990, caso Delta.

la que se pueden mostrar vulnerables los testimonios de los niños de corta edad...

- b) En segundo lugar me parece relevante reseñar los **requisitos subjetivos**. Lo que se exige dentro de este segundo bloque es que se garantice al encausado la posibilidad de ejercer de manera oportuna su derecho de defensa, y con él salvaguardar el principio de acusación.

Tal es así, que jurisprudencia como la STS de 4 de febrero de 2015, o la STS de 14 de octubre de 2014, determinan que la justicia penal no puede obtenerse a través de la vulneración del derecho de defensa del encausado, independientemente de la importancia que tenga el bien jurídico que se quiere proteger³².

Es en la STEDH de 28 de Septiembre de 2010, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recoge que para que pueda ser evitada la presencia del menor en fase del juicio oral, la exploración previa habrá de ser grabada dando a la defensa la posibilidad de estar presente, y dirigir, por medio de un experto todas aquellas preguntas y aclaraciones que considere convenientes.

- c) Por último, he de destacar los **requisitos formales**, los cuales hacen referencia a la introducción del contenido de la declaración sumarial en el acto plenario mediante la lectura del acta en la que se documenta, o si la disponibilidad de los medios tecnológicos lo permite, mediante la reproducción³³ de la grabación de la diligencia, permitiendo así la confrontación entre todas las declaraciones de los sujetos que intervienen en el juicio oral. Todo ello de conformidad a lo dispuesto en el artículo 730 LECrim.

Tras la lectura de los tres bloques de requisitos, he de concretar que nuestro ordenamiento no defiende el desplazamiento caprichoso e infundado del principio de

³² ARROM LOSCOS, R., « La declaración... », cit., p.46.

³³ Véanse la STS de 22 de junio de 2006 o la STS de 28 de febrero de 2007.

contradicción ni del derecho de defensa por el mero hecho de que la víctima llamada a declarar en el acto del plenario sea un menor de edad.

Sin embargo, dicha afirmación no es contradictoria con la necesidad de preservar otros bienes que puedan verse vulnerados en el acto de enjuiciamiento, tales como el correcto desarrollo mental de un menor. Es por todo ello por lo que se ha admitido la preconstitución de prueba en fase de instrucción como sustitutiva de la declaración de la víctima menor de edad en el acto del juicio oral siempre y cuando la declaración de dicho sujeto se hubiera realizado en presencia judicial, con la intervención contradictoria de las partes, cuando haya posibilidades de que su comparecencia en el mismo pueda irrogarles perjuicios psicológicos, y siempre que la misma se introduzca en la fase de plenario.

Me parece conveniente reseñar que con la realización de este tipo de alternativa, se estaría limitando la forma de percibir la realidad del caso al Juez competente de dictar la resolución final, es decir, al Juez que estará presente en el juicio oral. Ello se debe a que mediante la puesta en práctica de esta medida, no existe contacto físico y directo entre este Juez y la víctima menor de edad, dado que en el juicio oral no tendrá lugar la presencia de esta víctima, pues su declaración se desarrollará mediante la reproducción o lectura del interrogatorio que se realizó en la fase de instrucción.

De esta forma, podría incrementarse la posibilidad de que la resolución final dictada por el órgano juzgador no alcanzara la verdad material. A lo largo de todo procedimiento judicial se van descubriendo nuevos elementos y características del caso que se han de tener en cuenta para dictar una sentencia. Estos elementos podrían ser percibidos por el órgano juzgador desde otra perspectiva si el menor de edad víctima del delito encausado estuviese presente en la fase de juicio oral, pues mediante su declaración en la vista, podría aportar luz a la investigación de los nuevos acontecimientos.

Sin embargo, desde mi punto de vista, la protección del menor en todos aquellos supuestos en los que el órgano juzgador considere que su intervención en el proceso puede generarle grandes perjuicios, ha de prevalecer sobre la posible limitación a la percepción de la realidad del Juez competente para dictar la resolución final. Todo ello, siempre y cuando mediante la preconstitución de la declaración del menor realizada en la fase de instrucción, se prevea que el órgano juzgador pueda contar con toda la información necesaria para dictar una resolución justa.

2. PROTECCIÓN DEL MENOR DE EDAD EVITANDO LA CONFRONTACIÓN VISUAL EN SU DECLARACIÓN

2.1. Derecho de contradicción. Especial trascendencia en víctimas menores de edad.

El derecho de contradicción es una de las garantías fundamentales que asisten a todo encausado en un proceso penal. En función de él, toda persona acusada puede alegar y reaccionar a las declaraciones inculpatórias que se realicen contra la misma, ya sean por parte de los testigos, los peritos, o el propio acusador. A su vez, dicho derecho también le permite al encausado formular distintas preguntas, cuestiones o aclaraciones a las personas referidas. Todo ello, con el objetivo de no obstaculizar la adecuada defensa del presunto delincuente.

Este derecho se encuentra regulado en el artículo 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, recogiendo dicho texto el derecho que tiene el encausado a «interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él ».

El encuentro entre la víctima y el encausado en el juicio oral puede resultar perjudicial y muy doloroso para todas aquellas personas que tengan que declarar, situación que se ve agravada cuando las víctimas son menores de edad³⁴.

Una de las alternativas que la LECrim regula expresamente con el objetivo de proteger a las víctimas menores de edad y salvaguardar, a su vez, el derecho de defensa del encausado consiste en evitar la confrontación visual entre la víctima y el presunto delincuente cuando haya de tener lugar la declaración del menor.

El tenor literal del artículo 448 y 707 de la LECrim, referente el primero de ellos a la declaración de la víctima menor de edad ante el Juez instructor y el segundo ante el Juez sentenciador, regula lo siguiente: « La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba».

A primera vista, considero que esta medida referente a evitar la confrontación visual entre la víctima y el encausado, puede limitar el derecho a contradicción del que goza el

³⁴ ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., « El derecho ... », cit., p. 135.

investigado. Sin embargo, en mi opinión, esta limitación se encuentra más que justificada, pues con su implantación el derecho de defensa del encausado no se vería perjudicado, dado que este seguiría teniendo derecho a ver y oír en directo la declaración del menor, así como de estar comunicado con su abogado para que este último pudiera dirigir a la víctima todas las preguntas que considere necesarias.

De esta forma, se consigue el objetivo último que esta tipología de medidas persigue, pues con su puesta en práctica se impide que la víctima menor de edad vea al encausado en el momento de la declaración, evitando así todo impacto emocional y daño psicológico al que la víctima tuviese que hacer frente.

Para ello, algunas de las medidas que se han recogido consisten en dar la oportunidad a la defensa de observar la exploración que, ya sea el Ministerio Fiscal, los expertos psicológicos o el personal pertinente, se realice sobre la víctima menor de edad. Observación que tendrá lugar de manera simultánea a la exploración, de forma posterior, o a través la grabación audiovisual de la misma.

Los medios que pueden ser utilizados para evitar la confrontación visual de la víctima menor con el encausado son muy amplios, pues la LECrim señala que se podrá utilizar « Cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba ».

Parece razonable determinar dos tipos de medios, **los materiales y los técnicos o audiovisuales.**

Los primeros de ellos logran que la víctima declare sin ver al encausado, pero estando ambos dos en la misma sala de vistas. Esta tipología de utensilios puede abarcar pues mamparas, biombos³⁵ o cabinas con espejos unidireccionales.

Las herramientas materiales destinadas a evitar la confrontación visual entre el encausado y la víctima, ya sean biombos, mamparas... pueden resultar en ocasiones ineficaces a la hora de impedir producir daños en el menor, pues, desde mi punto de vista, las mismas no pueden siempre evitar el efecto intimidatorio que el encausado puede originar en la víctima, por ejemplo, a través de la protesta o interrupción de aquel en cualquier momento de la declaración. Sin embargo, en ocasiones, la mera presencia del encausado en la sala de vistas o edificio en el que se encuentra el menor puede resultar perjudicial para la víctima.

³⁵ Véanse la STS de 5 de abril de 2000, la STS de 5 de mayo de 2000 y la STS de 5 de Febrero de 2001.

Es evidente que la utilización de mamparas o herramientas similares tiene una inferior capacidad como mecanismo neutralizador de los efectos de la victimización secundaria, pues una proximidad física de este calibre entre el autor del delito y la víctima no es lo más adecuado ni conveniente para el interés del menor³⁶.

En esta línea, cabe destacar que, tal y como recoge la Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos, el Tribunal Supremo ha admitido la utilización de otras cautelas destinadas a mermar la victimización secundaria, de forma que este Tribunal puede adoptar las medidas de cautela que más convenientes considere. Es la STS de 30 de junio de 2000, la que cita, entre estas cautelas «el acompañamiento por un familiar, limitaciones a la publicidad, suspensión temporal del juicio, declaración como testigo oculto para los encausados o sin confrontación visual directa con los mismos»³⁷.

Centrándonos en los medios técnicos o audiovisuales, estos dan la posibilidad de tomar la declaración al menor en una sala distinta a la que se encuentra el encausado. La característica básica de este tipo de herramientas es que tanto la sala en la que se encuentra la víctima declarando, como la sala de vistas en la que se encuentra el encausado están conectadas, de forma que la declaración de la víctima pueda visualizarse en directo en la sala de vistas.

Mediante la implantación de este tipo de medios, se da posibilidad a las partes de participar en la exploración del menor mediante la formulación de preguntas, a las cuales la víctima podrá responder con inmediatez. Dentro de esta última tipología de herramientas he de destacar la **videoconferencia**, referida expresamente en los arts. 325 y 731 LECrim³⁸. Mediante la misma, la declaración del menor puede realizarse en el mismo acto del juicio oral, pero evitando la confrontación visual entre la víctima y el encausado.

³⁶BECERRIL, S., (Defensora Del Pueblo), *Estudio sobre ...* cit., p. 52.

³⁷ Véase la STS de 5 de abril de 2000, la cual acepta la declaración de los testigos menores en el despacho del Juez de lo Penal, o la STS de 26 de junio de 2000, que admite la validez de la testifical realizada en las proximidades de la sala de vistas, en la cual se encontraba el encausado y pudo ver por circuito cerrado de televisión el desarrollo de la prueba.

³⁸ CUBILLO LÓPEZ, I.J., « La protección... », cit., p. 178-179.

2.2. Videoconferencia como alternativa dominante.

a) Ámbito normativo de la videoconferencia.

La LOPJ, en su artículo 229.3, posibilita que las declaraciones se ejecuten mediante videoconferencia o cualquier otro sistema similar que posibilite la realización de una comunicación bidireccional y simultánea del sonido y la imagen, permitiendo así la interacción visual, auditiva y verbal entre diferentes sujetos que se encuentren geográficamente distantes, salvaguardando con todo ello, y siempre que el Juez o Tribunal así lo acuerde, el derecho de contradicción entre las partes y el derecho de defensa del encausado.

El artículo 731 bis de la LECrim complementa la regulación referida a la videoconferencia, que se plasma tanto en el artículo 325 (fase de instrucción) como 707 (Juicio oral). Aquél regula que « el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como investigado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, **cuando se trate de un menor**, podrá acordar que su actuación se realice a través de **videoconferencia** u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la LOPJ ».

Al hacer constancia dicho precepto a una « comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y del sonido», lo que se pretende es salvaguardar el principio de inmediación, permitiendo así a la defensa del encausado ejercer el derecho de un juicio justo y de confrontación con la víctima.

La utilización de la videoconferencia en las declaraciones de las víctimas menores de edad en sede de juicio oral trae consigo, desde mi punto de vista, numerosas ventajas. Su realización evita al menor la asistencia a las instalaciones judiciales, pudiendo este realizar su declaración en un entorno que le sea más acogedor, es decir, en un lugar cercano a la víctima, como puede ser su propio domicilio, una cafetería... El objetivo de la puesta en práctica de esta alternativa radica en transmitirle a este especial sujeto más seguridad, tranquilidad y confianza a la hora de declarar. Otra de las utilidades que

ofrece la videoconferencia es que garantiza que el encausado o su entorno desconozcan desde dónde se realiza la declaración.

En definitiva, se trata de una alternativa que permite sustituir la presencia física de la víctima en el juicio y salvaguardar el derecho de defensa del encausado³⁹. Alternativa cuya implantación, desde mi punto de vista, habría de ser subsidiaria a la preconstitución de la prueba.

La decisión de poner en práctica esta medida ha de depender del perjuicio psicológico que pueda generarse en la víctima menor de edad mediante su intervención en el proceso. En mi opinión, si el juzgador considera que este daño emocional es de gran calibre, la alternativa más adecuada a llevar a cabo es calificar la declaración realizada por la víctima en la fase de instrucción como prueba preconstituida. Sin embargo, si este mismo órgano no aprecia que la intervención del menor en la fase de juicio oral le pueda originar un gran perjuicio psicológico, la puesta en práctica de este tipo de medidas tecnológicas como la videoconferencia puede ser suficiente para evitar el referido perjuicio.

Como tercera alternativa pero, menos eficaz en mi opinión, podrían utilizarse los medios materiales que evitasen una confrontación directa entre la víctima y el menor. Medios estos que, desde mi punto de vista, no evitarían de una manera tan eficiente como las alternativas anteriores el daño psicológico del que vengo hablando.

Por último, me parece oportuno destacar que en lo relativo a la posibilidad de utilizar distintos medios análogos a la videoconferencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es importante reseñar que los mismos habrían de contar también con un carácter bidireccional que permitiese la simultaneidad entre el interrogatorio y las respuestas.

³⁹ ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., « El derecho ... », cit., p. 136-139.

b) Exigencias para la validez de la videoconferencia

Los tribunales, al interpretar el artículo 731 bis LECrim exigen que para que la declaración de una víctima, incluida la del menor, se realice mediante videoconferencia, concurren dos requisitos básicos; en primer lugar, la práctica de este medio ha de ser ordenada a través de una resolución motivada⁴⁰; en segundo lugar, la declaración de la víctima ha de producirse salvaguardando los principios de contradicción e inmediación⁴¹.

Desde mi punto de vista, estas exigencias son más que razonables, pues considero que el uso de la videoconferencia tiene que categorizarse como una práctica excepcional a realizar en la fase de juicio oral. Práctica que sólo podrá llevarse a cabo cuando se de alguno de los supuestos previstos en los artículos 325 o 731 LECrim.

Tal y como considera Chozas Alonso, la realización de la videoconferencia en el proceso penal no ha de tener lugar de manera arbitraria, pues de ser así, el principio de seguridad jurídica no se respetaría, y con ello, la validez de los procesos de nuestro ordenamiento jurídico no se respetaría⁴². A su vez, el referido autor considera que la implantación de este tipo de medidas ha de basarse únicamente en razones de seguridad, de orden público, de utilidad, o cuando la comparecencia de una víctima en el juicio oral pueda resultar gravosa para la misma, circunstancia esta última que, tal y como he reseñado párrafos atrás, puede verse agravada cuando la víctima sea un menor de edad, dado que su vulnerabilidad es mayor que la de cualquier otro sujeto con una edad más avanzada.

No cabe duda que, dicha práctica, además de producirse bajo los requisitos básicos enumerados con anterioridad, ha de respetar el derecho fundamental de defensa del encausado.

Todo ello conlleva que, por un lado, la realización de la videoconferencia haya de tener lugar de manera simultánea al desarrollo del juicio oral, lo que supone que el correcto

⁴⁰ CHOZAS ALONSO, J.M., « El empleo de la videoconferencia en la declaración de los testigos-víctimas en el proceso penal español », en *La víctima menor de edad*, Armenta Deu et al. (dir), Colex, Madrid, 2010, p. 167.

⁴¹ Véanse la STS de 2 de marzo de 2005 y la STS de 15 de mayo de 2005.

⁴² CHOZAS ALONSO, J.M., « El empleo ... », cit., p. 173.

funcionamiento de la misma haya de ser comprobado con anterioridad por el personal cualificado para ello. Este tipo de cautelas tiene el objetivo de conseguir que tanto la visualización como la audición sean correctas, permitiendo así que la comunicación sea bidireccional y simultánea.

A su vez, es esencial que la persona que esté declarando sea realmente la víctima citada judicialmente, y, por último, se ha de verificar que la misma se encuentre declarando libremente a las preguntas, es decir, sin ningún tipo de coacción⁴³.

VI. FORMA DEL INTERROGATORIO REALIZADO A UNA VÍCTIMA MENOR DE EDAD

El artículo 433 de la LECrim recoge la forma en la que se ha de realizar toda declaración en la que intervenga una víctima menor de edad. Este precepto fue objeto de modificación en virtud de la DF 1ª.11 de LEVD. Dicho artículo establece, en fase de instrucción, disposiciones específicas para la declaración anteriormente mencionada.

Del análisis de dicho precepto, he de destacar, en primer lugar, que es el **Juez de Instrucción el órgano competente para permitir la presencia e intervención de expertos⁴⁴** en la declaración de cualquier menor. Atendiendo para la toma de dicha decisión a la falta de madurez de la víctima, la cual se verá influenciada por las circunstancias del menor, el desarrollo psicológico del mismo, su capacidad de afrontar problemas...

Resulta conveniente que el interrogatorio esté dirigido por un psicólogo infantil, pedagogo o psiquiatra en función de las características y edad del menor. Dicho interrogatorio habrá de tener lugar previa reunión del experto mencionado con el Juez, fiscal y las partes, las cuales habrán facilitado las preguntas que quieren formular al menor⁴⁵.

⁴³ CHOZAS ALONSO, J.M., « El empleo ... », cit., p. 173.

⁴⁴ DÍAZ TORREJÓ, P, *La Protección de la víctima...* cit., p. 4.

⁴⁵ BECERRIL, S., (Defensora Del Pueblo), *Estudio sobre ...* cit., p. 47

Así pues, el artículo 433 LECrim regula que toda declaración de un menor podrá realizarse a través de la intervención de expertos, y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. A su vez, como regla general, aquellos sujetos que ejerzan la patria potestad, guarda o tutela del menor, también suelen estar presentes en el interrogatorio.

Excepcionalmente, el Juez competente puede dictar resolución judicial motivada para que la declaración del menor no se realice conforme a las características que he expuesto. Esta circunstancia puede tener lugar cuando el mismo Juez aprecie presiones en los padres respecto de los hijos que puedan, por ejemplo, distorsionar la declaración de los menores⁴⁶(art. 433.3 LECrim y 21c) LEVD).

En ocasiones, la configuración de una sala de **vistas** en la que este especial sujeto pueda realizar su declaración, puede no ser el entorno más adecuado donde un menor de edad haya de declarar aportando información relevante sobre el tipo delictivo del que ha sido víctima⁴⁷.

No cabe duda, que a todo tipo de sujetos, ya sean mayores o menores de edad nos resulta incómodo acudir a las instalaciones judiciales para intervenir en un proceso. Sin embargo, esta característica puede verse agravada en un sujeto menor de edad, cuyo desarrollo psicológico y social no se encuentra tan avanzado como en una persona adulta.

Por ello, resulta esencial que la **declaración del menor se realice en un ambiente agradable para este**, donde no se sienta presionado por el entorno judicial. Lo idóneo sería convocarle fuera de los juzgados o en una sala especialmente adaptada, es decir, en un espacio que no fuera hostil.

En esta línea, he de destacar que la determinación de un entorno agradable para el sujeto menor de edad varía en función de cada caso, pues lo que puede calificarse a primera vista como un entorno no hostil, como puede ser la residencia habitual de la víctima, puede resultar no siéndolo si el menor ha sufrido abusos en su domicilio o ha vivido algún acontecimiento traumático en el mismo. Todo ello habrá de estudiarse supuesto por supuesto, intentando que el menor de edad se sienta cómodo en su intervención en el proceso penal.

⁴⁶ ARROM LOSCOS, R., « La declaración... », cit., p.18.

⁴⁷ Circular 3/2009, de 10 de noviembre... cit., p.1335.

En el supuesto de que la declaración del menor se categorizase como prueba preconstituida, o bien tuviese lugar mediante la utilización de medios telemáticos, las opiniones sobre las características de la sala donde se celebre la entrevista con el menor no son unánimes.

Soledad Becerril, antigua Defensora del Pueblo, considera que la alternativa más adecuada consiste en habilitar dos salas contiguas para la grabación de la prueba⁴⁸. En una de estas salas permanecerá el menor acompañado por dos profesionales con el fin de evitar que la víctima se sienta incómoda estando únicamente con un solo experto. En la otra sala se encontrarán todas aquellas personas que tuvieran que estar presentes para garantizar el principio de contradicción y derecho de defensa del encausado.

En mi opinión, el hecho de habilitar dos salas para llevar a cabo la declaración del menor es innecesario, pues la víctima puede seguir sintiéndose presionada o incómoda declarando con dos personas que, aunque sean expertas, no conoce.

Desde mi punto de vista, la alternativa más adecuada para este tipo de interrogatorios, se basa en que la declaración del menor se realice en un espacio en el que la víctima se sienta cómoda para narrar los hechos de los que ha sido testigo. Asunto este que ya he tratado párrafos atrás.

Que el menor pueda declarar en presencia de algún tercero que conozca y con el que se encuentre a gusto y sin intimidación alguna, puede suprimir, en mi opinión, la presencia de este tipo de expertos. Este sujeto podría ser alguno de sus padres, abuelos, tíos... Sin embargo, al igual que la determinación de un entorno no hostil en el que el menor se sintiera cómodo para declarar, el hecho de escoger a un tercero con el que la víctima no se sintiese intimidada dependerá de cada supuesto concreto, siendo necesario para ello estudiar las características del menor, de sus familiares, de su entorno... No cabe duda, por ejemplo, que no podría calificarse como un acompañante óptimo para la víctima menor de edad a su padre cuando el mismo ha sido acusado de abusar de su hijo.

La forma en la que la declaración de una víctima menor de edad haya de tener lugar ha de velar siempre por el interés del menor, pero, además, es necesario no perder de vista que los presupuestos de la Administración de Justicia no son limitados. Como

⁴⁸ BECERRIL, S., (Defensora Del Pueblo), *Estudio sobre ... cit.*, p. 47-49.

consecuencia de ello, que toda declaración de un menor de edad se realizase en presencia de dos expertos podría resultar, en ocasiones, desorbitado.

Otro de los aspectos que se ha planteado, es si las preguntas que se hayan de formular al menor han de ser trasladadas directamente a este por el entrevistador, evitando así que se desvirtúe su contenido, o **puede el especialista plantearlas de una manera diferente a quien las formula.**

Ante dicho supuesto, parece obvio que no debe replantearse la pregunta con el fin de que la misma no pierda su eficacia legal, sin embargo, sí es posible que la cuestión sea adaptada al lenguaje del menor para facilitarle así su comprensión, tal y como se recoge en la STS de 19 de octubre de 2005, donde se considera suficiente para garantizar la contradicción que en la declaración realizada en fase de instrucción por la víctima menor de edad de un delito de prostitución se encontrasen únicamente presentes los Letrados de los investigados, los cuales tuvieron la oportunidad de interrogar a la víctima, garantizando así el derecho de defensa que tenía el encausado a pesar de que las preguntas que dirigió la defensa fueran adaptadas al lenguaje normal del menor.

En lo referente a la **grabación de la declaración realizada por la víctima menor de edad en fase de instrucción**, la Circular 3/2009 de la Fiscalía General del Estado regulaba varios aspectos sobre la prueba preconstituida. Este texto recogía que todos aquellos fiscales que considerasen adecuado realizar la grabación de la referida declaración lo hicieran « siempre que resulte plausible la eventualidad de que el menor no pueda declarar en el acto del juicio oral, o cuando con los datos ya recabados pueda sostenerse que el grado de victimización secundaria del menor es especialmente intenso y perjudicial si se le impone la obligación de asistir al juicio como testigo». Es decir, la grabación de la declaración del menor se trataba pues de una medida que dependía de la voluntad del órgano competente.

Sin embargo, esta cuestión ha quedado zanjada mediante la modificación del ya mencionado artículo 433 LECrim, el cual recoge la obligatoriedad de la misma al indicar que « el Juez ordenará la grabación por medios audiovisuales». Obligación esta, que también se plasma en el artículo 26 a) LEVD « Las declaraciones recibidas durante la fase de instrucción serán grabadas por medios audiovisuales ».

Desde mi punto de vista, considero que la regulación recogida tanto en el artículo 26 LEVD como en el artículo 433 LECrim referente a la obligatoriedad de grabar la declaración de los menores víctimas en la fase de instrucción es la opción más adecuada. De esta forma, el Juez de Instrucción da más garantías a que la declaración del menor víctima de edad en la fase de juicio oral no se produzca. Contando, para ello, con la grabación de la correspondiente declaración del menor realizada en la fase de instrucción.

Sin embargo, en mi opinión, la mera grabación de la víctima menor de edad en la fase sumarial no ha de excluir su intervención en la fase de juicio oral, pues para ello han de darse los diferentes requisitos que hemos estudiado a lo largo del trabajo.

A su vez, se debe precisar que al igual que los adultos, a los menores también les son de aplicación las **excepciones y dispensas** en relación el deber de declarar reguladas en los artículos 416, 417 y 418 LECrim. Sin embargo, el no hacer uso de esa dispensa en la declaración sumarial no impide su posterior ejercicio en la fase de juicio oral⁴⁹. Tal y como indican la STS de 27 de enero de 2009 y la STS de 10 de febrero de 2008: «admitida la plenitud de eficacia de la decisión de declarar contra el acusado en el Juicio Oral, es improcedente desvirtuar el ejercicio de esa facultad trayendo a la valoración de la Sala su declaración sumarial inculpativa».

VII. VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN

La **valoración de la declaración de la víctima menor** de edad se basa en entender probados o no todos aquellos hechos descritos por el menor a efectos, en su caso, de fundar la condena, pues nada impide que la declaración realizada por un menor de edad adquiera el carácter de prueba siempre que la misma se haya practicado en el juicio bajo las exigencias de contracción, oralidad, publicidad e inmediación⁵⁰.

Especial interés tiene el apartado 9 de la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos. En él se recoge que en los casos en los que el único testigo que intervenga en el procedimiento judicial sea un menor de edad, se presenta una situación límite para el

⁴⁹ ARROM LOSCOS, R., « La declaración... », cit., p.18.

⁵⁰ ARROM LOSCOS, R., « La declaración... », cit., p.21.

derecho a la presunción de inocencia. En este tipo de situaciones, se considera como esencial la valoración de la declaración del menor en función de tres tipos de parámetros⁵¹:

- Posible concurrencia de factores relevantes de incredibilidad subjetiva; anteriores relaciones entre el acusado y la víctima
- Concurrencia o inexistencia de algún tipo de corroboración objetiva⁵², aun de carácter periférico
- Posible existencia de contradicciones o ambigüedades en las supuestas manifestaciones acusatorias.

Sin embargo, tal y como expresa la STS de 5 de noviembre de 2008, estos parámetros (ausencia de incredibilidad, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación) únicamente han de tratarse como criterios de valoración, pero nunca como exigencias.

Como considera Arrom Loscos, el Juez competente, en contacto directo con la declaración del menor, y teniendo en cuenta las tres exigencias referidas en el párrafo anterior, ha de valorar la credibilidad de los hechos narrados por la víctima⁵³. Esta decisión la toma con la ayuda de un dictamen pericial⁵⁴. Tal y como determina la SAP Islas Baleares de 11 de abril de 2008, la falta de tal informe pericial es el defecto que se reprocha, entre otros, para no dar valor probatorio a unas declaraciones instructoras.

A la hora de valorar la importancia de este tipo de informe, Arrom Loscos defiende que el mismo únicamente puede ayudar al Tribunal a establecer si existen o no elementos que permitan dudar sobre la fiabilidad de lo que el menor ha relatado. Sin embargo, los informes psicológicos no pueden manifestarse sobre si las declaraciones se ajustan o no a la realidad⁵⁵.

⁵¹ Véanse las STS de 23 de marzo de 1997, la STS de 19 de mayo de 1997 y la STC de 20 de febrero de 1989.

⁵² Véanse la STS de 5 de noviembre de 2009 y la STS de 20 de octubre de 2009, las que hacen referencia a la necesidad relativa de algún dato « ajeno y externo a la persona del declarante y a sus manifestaciones; que, sin necesidad de constituir por sí mismo prueba bastante para la condena, sirva al menos de ratificación objetiva a la versión de quien se presenta como víctima de un delito»

⁵³ ARROM LOSCOS, R., « La declaración... », cit., p.28.

⁵⁴ CUBILLO LÓPEZ, I.J., « La protección... », cit., p. 183

⁵⁵ ARROM LOSCOS, R., « La declaración... », cit., p.26-30.

A pesar de que la pericial psicológica se considere como una herramienta de gran utilidad para el Juez, es de éste la responsabilidad última de realizar un análisis crítico sobre la fiabilidad y credibilidad de lo declarado por los testigos menores de edad⁵⁶.

VIII. CONCLUSIONES

- 1) Cuando en un proceso penal ha de intervenir un menor en calidad de víctima de un delito, se requiere que el órgano competente adopte diferentes medidas de protección en función de la situación de vulnerabilidad de esta especial víctima.
- 2) La minoría de edad hace merecedor al sujeto que vaya a declarar de un tratamiento especial en su intervención en el proceso penal. Sin embargo, la intensidad de la protección ha de graduarse en función de las características propias del menor de edad, del encausado y del caso en concreto. Entre estas, he de destacar la falta de madurez de la víctima, la concreta edad de la misma, la naturaleza y gravedad del delito, la relación entre el menor y el encausado, etc.
- 3) Estas medidas de protección están orientadas a velar por los derechos fundamentales del menor a declarar (seguridad, integridad física y/o moral, intimidad, dignidad, etc), así como a evitar en la víctima todo efecto negativo que su intervención en el proceso penal pueda originarle.
- 4) En nuestro ordenamiento jurídico existen diferentes alternativas para salvaguardar el interés del menor cuando el mismo vaya a declarar; ya sean mediante la evitación de la confrontación visual entre el encausado y la víctima o a través de clasificar la declaración realizada por el menor en la fase de instrucción como prueba preconstituida.

⁵⁶ Véanse la STS de 5 de noviembre de 2009 y la STS de 27 de Enero de 2010.

- 5) Estas medidas no pueden tener un alcance ilimitado, pues el legislador ha de saber conciliarlas con la adecuada y efectiva protección de otros intereses que pueden aparecer presentes en el proceso penal, especialmente el derecho de defensa y proceso justo que se ha de garantizar a todo encausado. Todo tipo de limitación en los derechos del encausado ha de estar debidamente justificada y fundamentada, a cuyo efecto no basta la alegación genérica de la minoría de edad de la víctima. Se han de evitar pues todas aquellas restricciones innecesarias y desproporcionadas en los intereses mencionados.
- 6) La implantación de estas especiales medidas de ha de llevarse a cabo únicamente en los casos en los que se aprecie que el menor puede sufrir algún tipo de peligro o daño psíquico o emocional al intervenir en el proceso penal. Esta labor le corresponde a los órganos jurisdiccionales, los cuales han de velar por el equilibrio de todos los derechos fundamentales e intereses que intervengan en el proceso.

IX. BIBLIOGRAFÍA, WEBGRAFÍA

1. BIBLIOGRAFÍA

ARROM LOSCOS, R., « La declaración del menor víctima en el proceso penal; en especial menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº3, 2015.

CHOZAS ALONSO, J.M., « El empleo de la videoconferencia en la declaración de los testigos-víctimas en el proceso penal español », en *La víctima menor de edad*, Armenta Deu et al. (dir), Colex, Madrid, 2010, p. 167-174.

CUBILLO LÓPEZ, I.J., « La protección procesal del testigo menor de edad, en especial evitando su declaración en el Juicio oral », en *La víctima menor de edad*, Armenta Deu et al. (dir), Colex, Madrid, 2010, p. 175-185.

GIMENO JUBERO, M.A., « Menores maltratados: Derechos de la víctima y garantías del proceso», en *Protección de menores en el Código Penal*, Joli Tolosa, J.L., (dir), Mateu Cromo, S.A., Madrid, 1999, p. 180-209.

GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, 3ª edición, Colex, Madrid, 2013, p. 301.

HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J.A., « El menor, víctima en el proceso penal. aspectos psicológicos y tratamiento », en *Protección de menores en el Código Penal*, Joli Tolosa, J.L., (dir), Mateu Cromo, S.A., Madrid, 1999, p. 26-32.

MARTINEZ DE AGUIRRE, C., « La Edad », en *Derecho Privado Derecho de la Persoa*, Contreras (coord.) , Colex, Madrid, 2015, p. 403-407.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., « El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctima en el proceso penal español. Especial referencia al menor testigo », en *La víctima menor de edad*, Armenta Deu et al. (dir), Colex, Madrid, 2010, p. 135-147.

PÉREZ MORALES, M.G., « La prueba preconstituída en el ámbito de la Decisión Marco 2001/220: necesidad de modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal », en *La víctima menor de edad*, Armenta Deu et al. (dir), Colex, Madrid, 2010, p. 187-196

SANZ HERMIDA, A.M., « La declaración de los menores víctimas y/o testigos de delitos: Derecho de defensa, protección del interés del menor y eficacia de la justicia penal », en *La víctima menor de edad*, Armenta Deu et al. (dir), Colex, Madrid, 2010, p. 111-133.

VELASCO NÚÑEZ, E., « Aspectos procesales de la videoconferencia», en *Rev. La Ley Penal*, nº46, 2008, p.82.

VILLACAMPA ESTIARTE,C., «Víctima menor de edad y proceso penal: Especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª. Época, n º16, 2005, p. 277-284.

2. WEBGRAFÍA

BECERRIL, S. (Defensora Del Pueblo), *Estudio sobre la escucha del menor, víctima o testigo*, Madrid, 2015. Fecha de la consulta: 06/03/2018. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/Ver-estudio.pdf>

DÍAZ TORREJÓ, P, *La Protección de la víctima menor de edad en el proceso penal. Incidencia de la entrada en vigor de la Ley 4/2015, de 27 de Abril, Del Estatuto de la víctima del delito*. Fecha de la consulta: 23/02/2018. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/P.%20D%C3%ADaz%20Torrej%C3%B3n.pdf?idFile=82133c66-0856-4d89-b863-e15c29746fd5

DÍEZ RAÍZA, S., « Nuevo valor de la prueba preconstituida en los procesos penales con menores víctimas (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2009) », en *Diario La Ley*, nº 7430, 2010. Fecha de la consulta: 02/04/2018. Disponible en: <http://diariolaley.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAkMTQyNjU7Wy1KLizPw8WyMDQwMDMwMjkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqACVej7k1AAAAWKE>

Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos. Fecha de la consulta: 17/02/2018. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2010_vol1_circu_03.pdf?idFile=06f6365a-fbe3-4637-b1a9-05da09741814